

Tilburg University

## Enige ideeën binnen de Historische School omtrent het legaliteitsbeginsel in het strafrecht

Groenhuijsen, M.S.

*Published in:*

Tussen Recht en Geschiedenis. Bijdragen tot de Rechtsgeschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw

*Publication date:*

1996

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Groenhuijsen, M. S. (1996). Enige ideeën binnen de Historische School omtrent het legaliteitsbeginsel in het strafrecht. In R. van den Berg, O. E. Tellegen-Couperus, & W. J. Witteveen (Eds.), *Tussen Recht en Geschiedenis. Bijdragen tot de Rechtsgeschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw* (pp. 87-100). Tilburg University Press.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

prof.mr. M.S. Groenhuijsen

## Enige ideeën binnen de Historische School omtrent het legaliteitsbeginsel in het strafrecht

### 1. Inleiding

Voor rechtshistorici is het algemeen bekend dat het legaliteitsbeginsel in strafzaken in hoofdzaak steunt op ideeën die gedurende de 18e eeuw zijn ontwikkeld. Zij weten dat de in Latijn gegoten formulering van het nulla poena-beginsel niets van doen heeft met een Romeinsrechtelijke afkomst, maar is bedacht door Feuerbach en voor het eerst is gepubliceerd in diens bekende leerboek van 1801.<sup>1</sup> De wortels van het legaliteitsbeginsel zijn tweërlei. Enerzijds is er een staatsrechtelijk fundament dat wordt gevormd door de ontwikkeling van het rechtsstaatbegrip. Essentiële bestanddelen daarvan zijn het concept van de machtscheiding en een bij die notie aansluitend wetsbegrip. En anderzijds werd een strafrechtelijk fundament geconstrueerd in de gedaante van de leer van de psychologische dwang. De combinatie van beide elementen leidde tot de uitbouw van het zgn. klassieke strafrecht, waarvan het legaliteitsbeginsel een hoeksteen vormde.

Voor de goede orde vermeld ik dat het legaliteitsbeginsel in deze bijdrage wordt opgevat als het samenstel van vier normen omtrent de inrichting en het functioneren van de strafrechtspleging:

- verbod van strafbaarstellingen met terugwerkende kracht;
- verbod van analogische toepassing van strafbepalingen;
- verbod van strafbaarstellend gewoonterecht;
- het gebod tot heldere en specifieke strafbepalingen (het zgn. Bestimmtheitsgebot).

In dit opstel zal worden nagegaan hoe het dit legaliteitsbeginsel, en vooral ook de theorievorming daaromtrent, in de eerste helft van de 19e eeuw is vergaan.

Kort samengevat kan worden gezegd dat het enerzijds een periode van stabilisering was: het legaliteitsbeginsel werd hecht verankerd in steeds meer strafwetboeken en het werd veelvuldig ook van toepassing verklaard buiten de sfeer van de delictsomschrijvingen.<sup>2</sup> Anderzijds echter was de 19<sup>e</sup> eeuw ook een periode van reactie, van herinterpretatie van verworvenheden uit de tijd van de Verlichting. En in zekere zin leidde dit tot een onttakeling van het primaat van de wet in strafrechtelijke aangelegenheden.

De stabilisering en proliferatie van het beginsel kan worden toegelicht aan de hand van vele voorbeelden, in bijna alle landen van het huidige Westen van Europa. Ik volsta met het noemen van één representatieve bepaling, afkomstig uit het

---

<sup>1</sup>Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Giessen 1801, met name de paragrafen 19 en 20.

<sup>2</sup>Bijvoorbeeld ten aanzien van voorwaarden voor vervolgbaarheid en terzake van procesrechtelijke voorschriften.

Duitse grondgebied<sup>3</sup>.

Het Bayerische Strafgesetzbuch van 26 mei 1813 bepaalt in art. 1:

'Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Uebel gedroht hat, ist diesem gesetzlichen Uebel als seiner Strafe unterworfen'.

Daarbij kan nog als pikant detail worden aangetekend, dat in het zogenoemde 'Publikationspatent' van 19 oktober 1813 werd verboden om wetenschappelijke commentaren te schrijven op het nieuwe wetboek, teneinde de rigoureuze binding van de rechter aan de tekst van de wet nog verder aan te scherpen<sup>4</sup>. Vermeldenswaard is bovendien nog dat deze codificatie bijzonder helder en gedetailleerd geredigeerde delictsomschrijvingen bevatte, en dat de strafbedreigingen nauwkeurig waren afgestemd op de relatieve zwaarte van het feit<sup>5</sup>. Als wetgever heeft Von Feuerbach dus in 1813 gedemonstreerd hoe het Bestimmtheitsgebot in praktijk kan worden gebracht!

De tegenkant van de proliferatie van het legaliteitsbeginsel, die werd gevoed door een heroriëntatie op de verworvenheden uit de tijd van de Verlichting, vereist een wat uitvoeriger toelichting. Daartoe zullen vooral enkele denkbeelden worden gezien die zijn voortgekomen uit de zogeheten Historische School.

## 2. De Historische School

Mede onder invloed van de Verlichte denkbeelden uit de tweede helft van de 18<sup>e</sup> eeuw stond ook de doctrine op strafrechtelijk terrein in het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw in het teken van het codificatieideaal. Met een codificatie wordt dan beoogd de rechtsstof systematisch te ordenen in een alomvattend wetboek.<sup>6</sup> De aan zo'n operatie ten grondslag liggende premissen werden evenwel niet door iedereen onderschreven<sup>7</sup>. Zie ik het goed, dan

---

<sup>3</sup> Zie omtrent de Duitse situatie de uitvoerige opsomming van overeenkomstige voorschriften bij A. Schottlaender, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes 'Nulla poena sine lege', Breslau 1911, p. 61 e.v.

<sup>4</sup> Zie H.L. Schreiber, Gesetz und Richter, Frankfurt a.M. 1976, p. 118 e.v.; en V. Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, Berlin/New York 1983, p. 19 e.v. 45, 60, 76, 89.

<sup>5</sup> Zie de voorbeelden genoemd door V. Krey, a.w. p. 89.

<sup>6</sup>Vergelijk J.F. Nijboer, De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving, Groningen 1987.

<sup>7</sup> Vergelijk F. Wieacker, Aufstieg, Blüte und Krisen der Kodifikationsidee, in: Festschrift für Gustav Boeh-

is precies in het verzet tegen deze premissen een gemeenschappelijke opvatting gelegen van de auteurs die tesamen de Historische School vormen.

De Historische School bestaat uit een groot aantal - vooral Duitse - juristen. Het is onmogelijk, en in het verband van deze studie ook onnodig, om gedetailleerd verslag te doen van alle standpunten die binnen deze richting zijn gedebiteerd ten aanzien van de verschillende onderdelen van het legaliteitsbeginsel. Ik zal daarom volstaan met vermelding van enkele hoofdlijnen. Eerst wordt aandacht besteed aan de ideeën van Von Savigny, omdat deze auteur kan gelden als een van de stichters en kopstukken van de Historische School (§ 2.1.). Vervolgens zal worden ingegaan op het werk van Zachariae, aangezien daarin opvallend principiële en scherpzinnige analyses te vinden zijn van de betekenis van de normering van strafrechtelijke bevoegdheden van de overheid (§ 2.2.). Daarna volgt nog een kort overzicht van de overige binnen deze richting verdedigde standpunten, voorzover die van belang zijn voor de ideeëngeschiedenis van het legaliteitsbeginsel (§ 2.3.).

## 2.1. Von Savigny

Friedrich Carl von Savigny (1778-1861) was van mening dat codificatie de dood van het recht betekent. Deze opvatting legde hij al in 1814 neer in zijn publicatie 'Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft', en werkte hij uit in de eerste band van zijn monumentale werk over het 'System des heutigen römischen Rechts' (1840). Volgens Von Savigny is de juristenstand één van de beroepsgroepen die ontstaat in de natuurlijke ontwikkeling van een volk<sup>8</sup>. De juristen fungeerden aanvankelijk als adviseurs in afzonderlijke zaken, maar formuleerden gaandeweg steeds vaker algemene aanwijzingen voor een goede rechtsbedeling. Zo werd een echte rechtswetenschap ontplooid, die op twee verschillende manieren betekenis had voor de praktijk. Materieel bezien, omdat het van een bepaalde rechtsovertuiging blijkt gevende gedrag van de bevolking werd gearticuleerd en vervolgens normatief werd toegepast; en formeel bezien, omdat op zuiver wetenschappelijke wijze recht tot stand werd gebracht waardoor het tot het bewustzijn van de justitiabelen kon doordringen<sup>9</sup>. Deze scheppende activiteit van juristen mag overigens niet het zicht ontnemen op het feit dat wetenschap geen zelfstandige, maar een afgeleide grondslag van het recht is: oorspronkelijk is alle positief recht 'Volksrecht'.

Daarmee belanden wij bij de rechtsbronnenleer van Von

---

mer, 1954, p. 34-50.

<sup>8</sup> System I, par. 14, p. 45-50.

<sup>9</sup> System I, p. 46.

Savigny<sup>10</sup>. Recht is geen kunstmatig produkt van de wetgever, het is daarentegen diep verankerd in het collectieve bewustzijn van het volk. De eigenlijke bron van alle recht is de Volksgeist<sup>11</sup>. Dit begrip mag niet worden verward met de veel later zo berucht geworden nationaal-socialistische constructie van een 'gesundes Volksempfinden': de Volksgeist is niet een soort publieke opinie, geen algemene overtuiging omtrent de actuele waardering van rechtspolitieke problemen. Neen, de Volksgeist bestaat uit een traditie: zij is gevormd door de Europese geschiedenis en ontleent haar nationale bijzonderheden aan het verleden van het eigen volk. Wet en wetenschap zijn de organen van het Volksrecht, die harmonisch moeten en kunnen samenwerken vanwege hun innerlijke samenhang<sup>12</sup>. Vervolgens stelt Von Savigny dat het Volksrecht twee componenten bevat: een individueel element dat ontstaat ten gevolge van de bijzondere eigenaardigheden van ieder volk, en een algemeen element dat berust op gemeenschappelijke kenmerken van de menselijke natuur. Met deze opvatting - die op diverse punten continuïteit vertoont met probleemstellingen in het werk van Montesquieu - kan enerzijds relativisme worden voorkomen (door het algemene steeds in het oog te houden), zonder anderzijds in natuurrecht te vervallen (door ruimte te bieden aan het individuele). Von Savigny neemt dus aan dat er een algemene historische opgave bestaat, die door ieder volk op een eigen wijze wordt uitgewerkt. Deze algemene opdracht, tevens het algemene doel van het recht, laat zich volgens de schrijver herleiden op de zedelijke bestemming van de menselijke natuur, zoals die in de Christelijke levensovertuiging wordt opgevat<sup>13</sup>. In dit perspectief kan de taak van de wetgever worden omschreven als het behartigen van het algemene doel zonder dat daardoor de onafhankelijke kracht van het volk wordt verzwakt. De wet heeft dus - ook in strafrechtelijke aangelegenheden - een nuttige functie, maar terughoudendheid is geboden opdat eenzijdigheid en willekeur<sup>14</sup> het zich autonoom ontwikkelende recht

---

<sup>10</sup> Zie vooral System I, par. 15, p. 50-57.

<sup>11</sup> Zie System I, p. 14, par. 17, 24.

<sup>12</sup> Vergelijk System I, p. 51.

<sup>13</sup> System I, p. 53.

<sup>14</sup> Het is aardig om te zien dat deze term, die lange tijd is ingeroepen om het gezag van de wetgever te versterken, nu wordt gebruikt om de arbitraire aard van de regels in vastgelegde wetten te onderstrepen. Het woord 'willekeur' verdient een nadere beschouwing.

niet verdringen<sup>15</sup>.

De consequenties van deze visie worden uiteengezet in paragraaf 46, met als opschrift 'Ausregung der Rechtsquellen im Ganzen (Lücken. Analogie)'. Het vereiste van volledigheid van het recht is volgens Von Savigny net zo belangrijk als dat van eenheid. Vandaar dat men in geval van een leemte in de wet een oplossing moet zoeken die in het stelsel past. Rechtsvorming door middel van analogie<sup>16</sup> komt voor op twee niveau's: a. indien er een rechtsverhouding ontstaat die niet in een instituut van het geschreven positieve recht is geregeld, en b. indien binnen een bestaand rechtsinstituut één enkele nieuwe rechtsvraag ontstaat. In het eerste geval moet aansluiting worden gezocht bij het rechtsinstituut dat de meeste innerlijke verwantschap heeft met het voorliggende probleem ('rechtsanalogie'); in de tweede situatie moet de samenhang van de regels binnen het instituut worden opgespoord door te kijken naar het doel van de afzonderlijke bepalingen ('wetsanalogie')<sup>17</sup>. Analogie berust op 'der vorausgesetzten inneren Konsequenz des Rechts: nur ist diese nicht immer eine bloß logische Konsequenz (...) sondern zugleich eine organische, die aus der Gesamtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht'<sup>18</sup>. In verband met latere ontwikkelingen op dit thema is het van belang om hier tenslotte te vermelden waarin volgens Von Savigny het verschil is gelegen tussen interpretatie en analogische toepassing van wetten. Interpretatie, zo meent hij, is nooit gericht op situaties waarin de wet een leemte bevat. In geval van extensieve interpretatie heeft de wetgever zich kennelijk niet geheel zorgvuldig uitgedrukt, maar is zijn bedoeling jegens het voorliggende geval duidelijk; de rechter zal dan 'den unrichtig gewählten Ausdruck eines Gesetzes aus dessen wirklichen Gedanken berichtigen'. Bij analogie daarentegen 'nehmen wir an, dass es an dem wirklichen Gedanken irgend eines leidenden Gesetzes gänzlich fehlt, und wir suchen uns über diesen Mangel durch die organische Einheit des Rechts

---

<sup>15</sup> Zie System I, p. 56-57.

<sup>16</sup> Als de wet een leemte bevat mag niet worden teruggegrepen op het natuurrecht, omdat dan de concrete omstandigheden van het desbetreffende volk onvoldoende in aanmerking zouden worden genomen.

<sup>17</sup> System I, p. 291. Naar verluidt is het onderscheid tussen rechts- en wetsanalogie het eerst gemaakt door K. von Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, Giessen 1798. Zie hieromtrent uitvoerig: C.G. von Wächter, Ueber Gesetzes- und Rechtsanalogie im Strafrecht, in: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1844, p. 413-436 en p. 535-558.

<sup>18</sup> Zie System I, p. 292.

hinweg zu helfen<sup>19</sup>. Met andere woorden: door interpretatie wordt achterhaald hoe de wetgever een bepaalde kwestie heeft willen regelen; bij analogie wordt een oplossing gezocht voor de niet door de wetgever genormeerde situaties, die aansluit bij de oplossing van andere, wel geregelde gevallen. Dit onderscheid is in de Historische School heersende leer geworden. Ook in meer recente publicaties worden de beide werkwijzen veelvuldig in soortgelijke termen beschreven.

## 2.2. Zachariae

In 1834 verscheen het boek Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze van de hand van H.A. Zachariae<sup>20</sup>. Hoewel dit werk niet behoort tot de standaardliteratuur uit de geschiedenis van de strafrechtswetenschap, ben ik van mening dat het een waardevolle instructie bevat in het denken over het legaliteitsbeginsel. De gedachtengang van deze auteur maakt namelijk duidelijk dat ogenschijnlijk kleine veranderingen in de marge van bestaande theorieën kunnen leiden tot een totaal ander pakket van opvattingen.

Zachariae begint met enige formuleringen die we gewend zijn uit de tijd van het klassieke strafrecht. Zijn uitgangspunt omtrent de betekenis van de wetgeving bijvoorbeeld luidt als volgt:

'Die Strafgesetzgebung eines Staats äussert hiernach in einer doppelten Beziehung ihre sicherende und schützende Kraft. Einmal gegen alle möglichen Störer des Friedens und der rechtlichen Ordnung im Staate, indem sie Überschreitungen der rechtlichen Freiheit verhütet; von der andern Seite schützt sie aber auch den Bürger vor dem Misbrauch der, die wichtigsten Güter des Menschen bedrohenden Strafgewalt des Staats'<sup>21</sup>.

Vanuit dit gezichtspunt is het nulla poena-beginsel

'durchaus nothwendig, wenn der Bürger sich nicht in einen rechtlosen Zustande der Staatsgewalt gegenüber befinden und der gränzenlosen Willkühr der Richter verfallen seyn soll'<sup>22</sup>.

Eén van zijn belangrijkste stellingen is dan ook dat de strafwet niet met terugwerkende kracht de rechtspositie van de burger mag aantasten:

---

<sup>19</sup> Zie System I, p. 292-293.

<sup>20</sup> Göttingen, 1834.

<sup>21</sup> a.w. p. 10.

<sup>22</sup> a.w. p. 10-11.

'Insofern sich der Staat in dem neuen Gesetze neue oder mehr Rechte beilegt, als er nach der bisherigen Gesetzgebung hatte, findet das neue Gesetz auf die während der Herrschaft des ältern Gesetzes vorgenommenen Handlungen rechtlich keine Anwendung'<sup>23 24</sup>.

Tot zover niets nieuws. Maar Zachariae gaat aanzienlijk verder dan zijn voorgangers door het verbod van terugwerkende kracht ook van toepassing te achten buiten het verband van nieuwe delictsom-schrijvingen. In §§ 39-47 komt hij bijvoorbeeld ten aanzien van het procesrecht tot de conclusie dat wetswijzigingen die aanvullende mogelijkheden voor de overheid scheppen om tot bestraffing over te gaan, rechtens niet ten koste mogen gaan van verdachten die worden vervolgd terzake van een voordien begaan feit:

'Insofern die Anwendung eines neues Kriminalprozessgesetzes auf früher vorgenommene Handlungen eine Beurtheilung zur Folge haben würde, wo sie nach dem frühern Gesetze überhaupt nicht erfolgen konnte, und insofern jene zum Erkenntnis auf ein härteres Straf-übel führen würde, findet sie rechtlich nicht Statt'<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> a.w. p. 13. De auteur vervolgt met: 'Schon hieraus lassen nun zwei höchst wichtige Folgerungen ableiten, nämlich: 1) dass der Anwendung des neuen Gesetzes nichts im Wege stehe, sobald sich darin der Staat nicht mehr Rechte beilegt, sondern nur eine Verordnung macht, um sich die ihm nach der bisherigen Gesetzgebung zustehenden, und noch nicht erloschenen Rechte zu sichern und zu erhalten, ein abgeleiteter Satz, der vorzüglich für die Beurtheilung der Frage über die Anwendung neuer, die Verjährung der Verbrechen betreffender Gesetze von der höchsten Bedeutung ist, und 2) dass das neue Gesetz auch da angewendet werden kann, wo der Staat Rechte, die er nach der frühern Gesetzgebung hatte, für die Zukunft aufgibt, oder eine mildere Behandlung eines Falles anordnet, als nach dem bisherigen Rechtszustande eingetreten seyn würde'.

<sup>24</sup> Zie ook p. 21: '... der Staat (könnte) sich rückwärts keine Rechte beilegen und den rechtlichen Schutz, den der Handelnde nach früherem Rechte gegen jedes wegen seiner Handlung zuzufügende Uebel erwarten durfte, durch ein späteres Gesetz nicht entziehen ...'.

<sup>25</sup> Zie p. 53-64, conclusie op p. 64 (in origineel geheel cursief). Zachariae noemt drie typen wetswijziging in de strafvordering die wèl 'terugwerkende kracht' mogen hebben (d.w.z. direct in alle zaken



Als eigentijdse illustratie van deze opvatting kan onder andere de situatie worden genoemd waarin de bewijsminimumregels worden versoepeld: zo zou intrekking van art. 342 lid 2 Sv niet betekenen dat iemand op grond van één enkele getuigenverklaring mag worden veroordeeld wegens een vóór die verandering gepleegd delict. Mutatis mutandis zou ook het vervallen van een klachtvereiste volgens Zachariae niet ex post ten koste mogen gaan van de rechtspositie van de verdachte<sup>26</sup>. En dat deze schrijver werkelijk verder gaat dan we tot dusverre hebben gezien in de ideeëngeschiedenis van het legaliteitsbeginsel blijkt vooral uit zijn standpunt omtrent de terugwerkende kracht van mildere strafwetten. Hij is namelijk van mening dat zelfs indien een vonnis in kracht van gewijsde is gegaan de veroordeelde nog moet kunnen profiteren van een wetswijziging in de zin van het huidige art. 1 lid 2 Sr: de administratie zou de delinquent in de executiefase op voet van het nieuwe regiem tegemoet dienen te komen<sup>27</sup>.

Toch is Zachariae geen radicale voorvechter van het legaliteitsbeginsel. Anders dan men op grond van het vorenstaande zou verwachten, past zijn boek zelfs primair in de denkwereld waarin de autoriteit van het beginsel wordt ondergraven. Dit blijkt ten eerste uit zijn oordeel omtrent wijzigingen van de aan een delict verbonden verjaringstermijn. Een

---

kunnen worden toegepast): a zuiver formele bepalingen, bijvoorbeeld omtrent de wijze waarop getuigen de eed of belofte afleggen; b. veranderingen van de basisstructuur van het strafgeding, bijvoorbeeld de invoering van juryrechtspraak of de introductie van een accusatoire procesvorm; c. wijziging van de voorschriften inzake voorlopige hechtenis en betekenningsvoorschriften. In al deze situaties zocht de Staat volgens Zachariae geen eigen voordeel t.o.v. de verdachte, maar wordt een afgehele verbetering van het systeem beoogd. Zie H.L. Schreiber, a.w. p. 147; en p. 148, waar wordt vermeld dat deze ideeën niet heersend zijn geworden.

<sup>26</sup> a.w. p. 58: 'Nehmen wir also z.B. an, dass gewisse Vergehen bisher nur auf Antrag des Beleidigten bestraft werden konnten, also eine Untersuchung ex officio unzulässig war, während das neue Processgesetz diese Beschränkung verwirft, so werden die der Zeit nach frühern Vergehen doch noch nach dem alten Gesetze zu beurtheilen seyn'.

<sup>27</sup> a.w. p. 67: 'In allen diesem Fällen haben die nach dem alten härtern Gesetze verurtheilten, und vielleicht schon in dem Strafanstalten wirkenden Delinquenten einen rechtsbegründeten Anspruch darauf, dass die Regierung ihr Augenmerk auf sie richtete und ihnen die Milde des neuen Gesetzes - wenn man will, im Wege der Gnade - zu Gute kommen lasse'.

geheel verstreken termijn mag niet worden heropend<sup>28</sup>. Maar de verlenging van een nog lopende termijn moet zijns inziens vanuit andere gezichtspunten worden gezien<sup>29</sup>. De dader heeft géén recht op het verstrijken van de aanvankelijk vastgestelde periode waarin de overheid tot vervolging mag overgaan. Gedurende dat tijdvak is er hooguit sprake van de mogelijkheid, van een hoop c.q. verwachting dat strafrechtelijke sanctiëring achterwege zal blijven<sup>30</sup>. Dergelijke verwachtingen van de schuldige verdienen in rechte echter geen bescherming:

'man darf aber nicht übersehen, dass der Staat dadurch den Verbrecher wegen des verübten Verbrechens durchaus nicht mehr Uebel zufügt, als er wirklich verdient hat, und sich rückwärts nicht mehr Rechte beilegt, sondern nur über die Geltendmachung der, im wirklich zustehenden, noch nicht erloschenen Rechte etwas Anderes bestimmt, um sich die Ausübung derselben zu sichern...' <sup>31</sup>.

Het is in deze bijdrage niet zozeer van belang in welke mate dit standpunt van Zachariae door tijdgenoten is tegengesproken en hoe in de praktijk over dit punt werd beslist<sup>32</sup>. Waar het om gaat is dat de notie van een 'werkelijk verdiende straf' als criterium ter bepaling van de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel, een opmerkelijke ongevoeligheid aantoonde voor precies de kern van de idee van rechtsbescherming in de tijd van de Verlichting.

Andere symptomen hiervan blijken elders in het boek van Zachariae. In het kader van een onderzoek naar mogelijke uitzonderingen op het verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen bespreekt hij de zogenaamde 'authentieke interpretatie'. Daarbij merkt hij bijna terloops op dat de rechter (nota bene: 'zonder twijfel') bevoegd moet zijn om de

---

<sup>28</sup> a.w. p. 42-43.

<sup>29</sup> a.w. p. 43-49.

<sup>30</sup> Vergelijk daaromtrent H.L. Schreiber, Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1968, p. 355.

<sup>31</sup> a.w. p. 46 (mijn curs.).

<sup>32</sup> Zie daaromtrent H.L. Schreiber, a.w. 1968, m.n. p. 351-359.

wet analoog toe te passen<sup>33</sup>. Bovendien blijkt op verschillende plaatsen in het betoog dat de auteur als vanzelfsprekend uitgaat van het bestaan van veelomvattende delictsomschrijvingen: voor een Bestimmtheitsgebot is in deze visie geen ruimte<sup>34</sup>. Het verbod van strafbaarheid op grond van ongeschreven recht tenslotte wordt in hoofdzaak in een voetnoot afgedaan! Zeker, iedere sanctie moet op een voorafgaande wet berusten, maar: 'Unter Strafgesetz verstehen wir übrigens auch Gewohnheitsrecht, denn wir sind der festen Überzeugung, dass durch Gewohnheit die Strafbarkeit einer Handlung begründet werden könne'<sup>35</sup>.

Volgens mij kan tegen de achtergrond van het werk van Zachariae worden aangegeven waarom de standpunten omtrent het legaliteitsbeginsel binnen de Historische School zo sterk konden divergeren. Het wetenschappelijk uitgangspunt inzake de rechtsbronnenleer staat in feite haaks op de rechtsbeschermingsidee van het klassieke strafrecht. De verschillende pogingen om een uitweg te vinden uit dit dilemma - door een soort compromis te zoeken - leverden evenzovele theorieën op, zonder dat men overeenstemming kon bereiken over dwingende redeneerschema's. Dat is niet verbazingwekkend. Ten eerste wordt er op diverse plaatsen in een gedachtengang een oordeel gegeven of een bepaalde stand van zaken überhaupt positief of negatief is. Zo'n oordeel is rechtspolitiek van aard. Ten tweede is vervolgens de weging van het rechtspolitieke voor- of nadeel opnieuw een proces, waarvoor geen eenduidige, algemeen aanvaarde regels voorhanden zijn. Bijgevolg kunnen steeds weer nieuwe argumenten (bijvoorbeeld over de 'werkelijk verd-

---

<sup>33</sup> a.w. p. 18: 'Denn sobald man dem Richter, wie es ohne Zweifel geschehen muss und auch nach gemeinem Rechts zulässig ist, die Befugniss zur analoge Anwendung der Strafgesetz zugesteht und bei ihm nicht von einer rückwirkenden kraft des Gesetzes redet und reden kann, so darf auch bei einer authentischen Interpretation, die eine analoge Ausdehnung des Gesetzes giebt, nicht von rückwirkender Kraft gesprochen und es muss vielmehr die Idee aufgefasst werden, dass der fragliche Fall durch das interpretirte Strafgesetz schon mit bedroht war' Impliciet wordt hetzelfde standpunt t.a.v. analogie ook ingenomen op p. 22.

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld p. 22.

<sup>35</sup> a.w. p. 21, voetnoot 26. In dezelfde noot wordt de lezer bovendien nog meegedeeld dat ook dit inzicht eigenlijk niet voor betwisting vatbaar is: '... nur dann, wenn man das Wesen des Gewohnheitsrechtes erkennt und gewissermassen noch einem, die Stelle der Promulgation vertretenden Factum sucht, kann man daran zweifeln'.

iende straf') interfereren in een redenering omtrent het wenselijke bereik van het legaliteitsbeginsel.

Ter verdieping van de zojuist gemaakte opmerkingen zal in de volgende paragraaf nog iets worden gezegd over de tot dusverre niet genoemde leden van de Historische School.

### 2.3. Theorievorming binnen - en naar aanleiding van - de Historische School

De eerderbeschreven rechtsbronnenleer van Von Savigny vormt een geschikt aanknopingspunt voor enkele opmerkingen omtrent de standpunten die in het algemeen binnen de Historische School werden ingenomen ten aanzien van de verschillende onderdelen van het legaliteitsbeginsel. De erkenning van de 'Volksgeist' als eigenlijke bron van alle recht had tot gevolg dat alle vooraanstaande auteurs binnen deze richting er mee accoord gingen dat strafsancties ook op ongeschreven (gewoonte-)recht mogen berusten.<sup>36</sup> Daarbij moeten twee kanttekeningen worden gemaakt. De eerste is dat men de verschillende rechtsvormen ('Arten des Rechts') niet steeds hetzelfde gewicht toekende: de wet werd veelal wel degelijk beschouwd als de 'rijpere' verschijningsvorm, waaraan zo mogelijk prioriteit moet worden toegekend<sup>37</sup>. Mijn tweede kanttekening is dat de rechtsbronnenleer van de Historische School op principiële gronden heeft afgerekend met de idee van 'natuurlijke delicten'<sup>38</sup>. Wanneer het recht wordt voorgesteld als een in de traditie van een volk evoluerend instituut, kan er geen sprake zijn van normen die onafhankelijk van tijd of plaats juridische gelding hebben. Dit beredeneerde besef van relativiteit lijkt mij van groot belang voor de waardering van de latere lotgevallen van het legaliteitsbeginsel.

---

<sup>36</sup>Zie vooral Georg Friedrich Puchta, Das Gewohnheitsrecht, deel I 1828, deel II 1837.

<sup>37</sup> Vergelijk H.L. Schreiber, a.w. 1976, p. 129-130.

<sup>38</sup> Zie ook K. Elvers, Die Bedeutungen des Satzes nulla poena sine lege in seiner historischen Entwicklung, diss. Göttingen 1910, p. 54: 'Auf einem für diese Zeit wiederum sehr charakteristischen Gebiet bekommt aber der Satze n.p.s.l. jetzt eine neue Bedeutung, die entfernt an seine ehemalige Stellung erinnert - als Ausschlussmassregel gegen das 'natürliche Verbrechen'. Overigens meent deze auteur dat dit niet komt door de rechtsbronnenleer, maar door het misdaadbegrip ('Der Platz der Parömie dem Sinne, dass durch ihn das natürliche Verbrechen ausgeschlossen werden soll, ist daher nicht in der lehre von den Quellen, sondern in der vom Verbrechensbegriffe zu suchen'). Mijns inziens kan het één niet zonder het ander worden gezien: het misdaadbegrip is op zijn beurt een afgeleide van de rechtsbronnenleer.

Von Savigny en Zachariae waren beide voorstanders van doorbreking van het stricte analogieverbod<sup>39</sup>. De literatuur op dit thema bevat evenwel een bonte verzameling standpunten, die uiteenlopen van een ongeclausuleerde aanvaarding tot een pertinente afwijzing van de analogie in het strafrecht. Sommigen meenden bijvoorbeeld dat de hantering van strafbaarstellend gewoonterecht overal uitkomst zou bieden waar het volk een repressieve reactie noodzakelijk acht, zodat analogie overbodig is<sup>40</sup>. Anderen willen de rechter deze vrijheid wel geven, maar slechts in beperkte mate: zij vonden de zogenaamde 'wetsanalogie' toelaatbaar, de 'rechtsanalogie' niet<sup>41</sup>. Enkele auteurs probeerden in dit verband de discretionaire ruimte van de rechter te beperken door te stipuleren dat analogie niet op diens subjectieve overtuigingen zou mogen berusten maar alleen op het stelsel van de wet. Deze reeks van opvattingen is niet tot één gemeenschappelijke visie te reconstrueren. Hooguit kan worden gezegd dat in de Historische School de analogie niet langer volledig ontoelaatbaar werd geacht.

Over het Bestimmtheitsgebot wordt daarentegen in de onderhavige 'School' voornamelijk gezweven. Gelet op de zojuist beschreven tolerante houding ten opzichte van ongeschreven recht en analogische toepassing van strafbepalingen ligt het ook bepaald niet voor de hand dat er een dringend beroep op de wetgever moet worden gedaan om de delictsomschrijvingen zo nauwkeurig mogelijk te redigeren.

Het verbod van terugwerkende kracht tenslotte gaf nauwelijks aanleiding tot verschillen van mening. Dit produkt van het klassieke strafrecht werd algemeen aanvaard en - zoals al is gebleken uit het werk van Zachariae - verder uitgebouwd. Toch biedt de gedachtenwisseling hieromtrent waardevol materiaal waaruit nieuwe voorbeelden kunnen worden geput van de mogelijkheden van rechtswetenschappelijk onderzoek. Hans-Ludwig Schreiber signaleert twee constructies om het verbod van terugwerkende kracht dogmatisch vorm te geven<sup>42</sup>. De eerste daarvan houdt in dat de rechterlijke beoordeling van een voorval plaatsheeft aan de hand van de wetgeving die van kracht was op het moment dat de geïncrimineerde handeling werd verricht (hoofdregel). Bij wijze van uitzondering mag de verweten gedraging worden getoetst aan wetgeving die pas

---

<sup>39</sup> Von Savigny aanvankelijk niet: in zijn Marburgerrede in 1802/1803 sprak hij zich principieel tegen analogische toepassing van strafbepalingen uit, en wijst hij zelfs extensieve (en restrictieve!) interpretatie van de hand.

<sup>40</sup> Zie hieromtrent K. Elvers, a.w. p. 46.

<sup>41</sup> Bijzonderheden op dit punt geeft H.L. Schreiber, a.w. p. 133-140.

<sup>42</sup> a.w. p. 140-145, ook voor het direct navolgende.

geldig was op het moment van oordelen, indien de nieuwe wet voor de verdachte gunstiger, milder, is dan de oude. In de tweede constructie worden de regel en de uitzondering omgedraaid. De telastegelegde handeling wordt beoordeeld naar de stand van de wetgeving ten tijde van het proces (hoofregel), tenzij vóór dat moment doch ex post facto de regels ten nadele van de verdachte zijn gewijzigd (uitzondering).

Laten we deze constructies aanduiden met de hoofdletters A resp. B. De beide systemen worden in de literatuur van die dagen op verschillende manieren gemotiveerd. Een deel van de schrijvers beroept zich voor een theoretische fundering op de stellingen uit de Verlichte staatsopvatting: de rechtsstaatgedachte met het daarvan deel uitmakende concept van de machtscheiding. De individuele burger heeft er volgens deze ideeën recht op dat de voorwaarden waarop de overheid in zijn particuliere levenssfeer mag ingrijpen, vooraf zijn vastgelegd in bindende - op schrift gestelde - regels. Andere auteurs zoeken de grondslag voor de aanbevolen constructie in de schuldgedachte, of - in het verlengde daarvan - in het gezichtspunt van de gerechtigheid: doorslaggevend is dan de kennis die de betrokkene moest kunnen hebben van het verboden karakter van de voorgenomen handelingen. Deze funderingen kunnen gemakshalve worden voorzien van de Romeinse cijfers I resp. II.

Als derde 'variabele' moet nog worden vermeld dat sommige leden van de Historische School aanhangers waren van een absolute straftheorie (vergelding), terwijl anderen van een relatieve theorie (preventie etc.) uitgingen. Deze groepen duid ik nu maar even aan met de kleine letters a resp. b.

Bij deze stand van zaken kunnen volgens de logica acht verschillende standpunten worden onderscheiden, samengesteld uit drie elementen<sup>43</sup>. In de praktijk blijkt evenwel de sub B genoemde constructie door niemand te worden ondersteund met de sub II gegeven motivering. Daarom vallen twee in theorie denkbare combinaties af<sup>44</sup>. Omdat geen enkele schrijver die zich beriep op het onder II bedoelde schuldgezichtspunt een relatieve straftheorie aanhangt (b), valt nog een denkbare combinatie af<sup>45</sup>. Van de overige vijf mogelijkheden kan nu worden vastgesteld dat er in één geval een probleem ontstaat. Een verdediger van constructie A die fundament II kiest en een aanhanger is van een absolute straftheorie (a) kan namelijk géén in zijn systeem passende rechtvaardiging aanvoeren voor de terugwerkende kracht van mildere strafbepalingen. Om aan te tonen dat dit geen zinloze theorie is, noem ik een auteur die precies op dit punt door de mand valt: Ernst-Immanuel Bekker

---

<sup>43</sup> Namelijk: A-I-a; A-I-b; A-II-a; A-II-b; B-I-a; B-I-b; B-I-a; en B-II-b.

<sup>44</sup> Namelijk: B-II-a en B-II-b.

<sup>45</sup> Namelijk: A-II-b.

in diens boek Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts<sup>46</sup>.

Ik hoop dat met deze technische uiteenzetting duidelijk is geworden hoe de interne samenhang van de verschillende redeneringen kan worden geanalyseerd. Eén van de beoogde resultaten van rechtswetenschappelijk onderzoek is het ontdekken van inconsistentie. De vorenstaande beschouwing laat zien dat ook in ons vak soms op grond van een 'harde' argumentatie een bepaalde theorie uit het fonds van beschikbare kennis kan worden verwijderd.

### 3. Slotopmerkingen

Overzien we nu alle standpunten over de genoemde onderdelen van het legaliteitsbeginsel, dan kan ter afsluiting nog een algemene opmerking worden gemaakt omtrent de invloed van de hier besproken auteurs binnen de Historische School. Elvers komt tot de volgende conclusie:

'Als Gesamtergebnis dieser Epoche (bis ungefähr 1848) glauben wir als Bedeutung der Satzes nulla poena sine lege gewonnen zu haben: a) Als Bestandteil der Theorie: Er verliert durchaus den Sinn, die Begründung allen Rechts zu sein, sofern die ursprüngliche Auffassung, lex bedeute das geschriebene promulgierte Gesetz und es gäbe nur das in diesem Gesetze enthaltene Recht, im Auge hat. Der Satz beibehalten, sofern man unter lex im allgemeinen den Inbegriff aller zuzulassenden Quellen des positiven Rechts versteht; in diesem Sinne bewirkt er die Ausschliessung des natürlichen Verbrechens von der Strafbarkeit (...). b) In der Gesetzgebungspolitik: Der Satz kann als politische Massregel alle Quellen ausser dem Gesetzesrechte ausschliessen und damit auf dem Wege der Gesetzgebungspolitik die Bedeutung des Satzes in den alten und ursprünglichen Sinne herstellen'<sup>47</sup>.

Het in deze slotsom gemaakte onderscheid tussen 'theorie' en 'wetgevingspolitiek' is interessant en is in de latere geschiedenis van het legaliteitsbeginsel herhaaldelijk een rol blijven spelen. Elvers voegt aan de geciteerde passage nog toe: 'Dadurch, dass der Satz zu einer politischen Massregel - juristisch betrachtet - degradiert ist, verliert er aber nicht an Bedeutsamkeit'<sup>48</sup>. Dat is juist: de 'degradatie' heeft ook belangrijke voordelen. Ruim een halve eeuw later zijn juist deze voordelen ten volle

---

<sup>46</sup> Leipzig 1859.

<sup>47</sup> K. Elvers, a.w. p. 59-60; vergelijk ook p. 40.

<sup>48</sup> K. Elvers, a.w. p. 60.

aan het licht getreden door de ideeën van Frans von Liszt.<sup>49</sup> Deze Duitse rechtsgeleerde was één van de toonaangevende figuren binnen de Internationale Kriminalistische Vereinigung, een gezelschap dat op zijn beurt beslissende invloed heeft gehad op het gedachtengoed dat bekend is geworden als de Moderne Richting in het strafrecht. De parallel met de hiervoor besproken inzichten vanuit de Historische School is dat normen als het legaliteitsbeginsel ook in deze kring in het geheel niet de wetenschappelijk gefundeerde uitgangspunten van het debat vormen. Neen, zij vormen veeleer de correctieven op een consequente toepassing van de wetenschappelijke uitgangspunten van de Moderne Richting. Het stellen van buitengrenzen aan het strafrechtelijke optreden van de overheid wordt niet langer een zaak van wetenschap geacht, maar een van politiek. Zoals Von Liszt schreef in relatie tot het legaliteitsbeginsel:

"Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege. Diese beiden Sätze sind das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt; sie schützen den einzelnen gegen die rücksichtslose Macht der Mehrheit.(...) Und damit ist die uns beschäftigende Frage in den grossen Zusammenhang der politischen Entwicklung gestellt, den gerade unsere deutschen Schriftsteller so völlig zu übersehen pflegen."<sup>50</sup>

In deze benadering wordt in feite de rechtsbeschermende strekking van het legaliteitsbeginsel in één specifiek opzicht versterkt in vergelijking met het klassieke strafrecht, omdat de aanvaarding daarvan niet langer berust op - en dus afhankelijk is van - een bepaalde rechtsbronnenleer, een zekere aetiologie of van een bepaalde straftheorie. Het is interessant om vast te stellen dat deze ontwikkeling reeds in de kiem kan worden aangetroffen in de besproken geschriften uit de eerste helft van de negentiende eeuw.

---

<sup>49</sup>Zie hierover M.S. Groenhuijsen, D. van der Landen, De I.K.V. in het spanningsveld tussen klassieke rechtsbeginselen en moderne rechtsopvattingen, in: idem (red.), De Moderne Richting in het strafrecht, Arnhem 1990, p. 7-93, m.n. p. 26-28.

<sup>50</sup>F. von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, p. 60